

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

Fotoapparate

UWG § 3

Zur Frage der Irreführung über einen ausreichenden Vorrat einer besonders beworbenen Ware, wenn diese entgegen den bisherigen Erfahrungen des werbenden Unternehmens schon am Mittag des Erscheinungstages der Werbeanzeige ausverkauft ist.

BGH, Urt. v. 30. März 1989 - I ZR 33/87 - OLG Frankfurt
LG Kassel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 33/87

URTEIL

Verkündet am:
30. März 1989
Welte
Justizassistentin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

K[REDACTED] AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Jens O[REDACTED], Karl-Josef B[REDACTED], Klaus H[REDACTED], Rolf L[REDACTED] und Jochen M[REDACTED], Leonhard-T[REDACTED]-Straße [REDACTED], Kö[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] als amtlich bestellte Abwicklerin der Kanzlei des verstorbenen Rechtsanwalts Dr. [REDACTED] -

gegen

Verband Wirtschaft im Wettbewerb, Verein für Lauterkeit in Handel und Industrie e.V., vertreten durch den ersten Vorsitzenden Dipl.-Ing. Günther W[REDACTED], G[REDACTED] Allee [REDACTED], D[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

WV

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Teplitzky, Dr. Ullmann und Nobbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Januar 1987 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Zu den satzungsgemäßen Aufgaben des klagenden Verbandes gehört es, darauf zu achten, daß die Regeln des lauterer Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr eingehalten werden. Er nimmt die Beklagte, die ein Kaufhaus betreibt, auf Unterlassung in Anspruch, da sie beworbene Fotoapparate nicht in ausreichendem Maße vorrätig gehalten habe.

Die Beklagte bewarb am 8. Juli 1985 in einer Zeitungsanzeige unter der Überschrift "Der K[REDACTED] macht Fotomarkt" neben weiteren Fotoartikeln die abgebildete Kamera "Canon T 70" mit Blitzlichtgerät zum Preis von "komplett nur 698,-- DM". Zum Verkauf hielt sie 14 Einheiten bereit. In einer weiteren Zeitungsanzeige warb sie am 10. Juli 1985 für die "Pentax-Spiegelreflexkamera ME-F" zum "Super-Preis von 299,-- DM;" sie hielt hierfür 24 Kameras vorrätig. In beiden Fällen waren die Kameras am Mittag des jeweiligen Erscheinungstages der Anzeige ausverkauft.

Der Kläger hat vorgetragen, der Verbraucher erwarte, daß er die beworbene Ware zumindest noch am Tage des Erscheinens der Anzeige erwerben könne. Der Verbraucher werde in wettbewerbswidriger Weise irregeführt, wenn der Warenvorrat schon am Mittag erschöpft sei.

Der Kläger hat hierzu beantragt,

- a) der Beklagten unter Androhung der näher bezeichneten gesetzlichen Ordnungsmittel es zu verbieten,

in Zeitungsanzeigen und/oder sonstigen Werbeträgern zu Zwecken des Wettbewerbs Fotoapparate zu bewerben, wenn diese bereits am Tage des Erscheinens der Werbung nicht zum Verkauf vorrätig gehalten werden;

- b) hilfsweise, den Verbotsausspruch dahin zu fassen, es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

in Zeitungsanzeigen und/oder sonstigen Werbeträgern zu Zwecken des Wettbewerbs Fotoapparate der Marken Pentax und Canon zu bewerben, wenn diese bereits am Tage des Erscheinens der Werbung nicht zum Verkauf vorrätig gehalten werden.

Die Beklagte hat eine irreführende Werbung in Abrede gestellt. Der von ihr bereitgestellte Vorrat an Kameras hätte nach ihren bisherigen Erfahrungen für mehrere Wochen ausreichen müssen. In den vorliegenden Fällen sei sie systematisch von den Mitbewerbern leergekauft worden. Testkäufe brauche sie bei der Vorratshaltung nicht zu berücksichtigen. Es sei unzutreffend, daß die beworbenen Preise unter den Einstandspreisen für den Facheinzelhandel lägen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung hat das Oberlandesgericht der Unterlassungsklage nach dem Hauptantrag stattgegeben. Hinsichtlich eines Zahlungsbegehrens auf Erstattung von Abmahnungskosten hat es die Berufung als unzulässig verworfen. Mit der Revision beantragt

die Beklagte, die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Der Kläger begehrt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Verbraucher erwarte, daß die beworbene Ware jedenfalls am Tag des Erscheinens der Werbeanzeige geliefert werden könne. Die Beklagte habe die beworbenen Artikel nicht in einer der Verbrauchererwartung entsprechenden Menge vorrätig gehabt, da die Kameras innerhalb von drei Stunden verkauft gewesen seien. Besondere Umstände, welche die mangelnde Lieferfähigkeit der Beklagten als unverschuldet erscheinen lassen könnten, seien nicht feststellbar. Die Beklagte habe aufgrund ihrer behaupteten Erfahrungen nicht annehmen dürfen, die vorrätig gehaltene Menge von 14 und 24 Stück sei ausreichend. Die früheren drei Werbeaktionen, bei welchen die Beklagte durchschnittlich sechs Kameras am Tag der Werbung verkauft habe, hätten kein zuverlässiges Bild vermitteln können, wieviele der beworbenen Kameras nach der Verbrauchererwartung hätten vorrätig gehalten werden müssen. Es sei zu berücksichtigen, daß die angegriffenen Werbeanzeigen im Urlaubsmonat Juli erschienen seien, in welchem erfahrungsgemäß eine besonders starke Nachfrage nach Fotoartikeln bestehe. Für die Bemessung des erforderlichen Warenvorrats seien die Größe und die Lage der Vertriebsstätte der Beklagten ebenso von Bedeutung wie deren eigene Darlegung, daß das rege Kaufinteresse auf den besonders niedrigen Verkaufspreis sowie auf die Tatsache zurückzuführen sei, daß die be-

worbene Kamera "Pentax ME-F" bei der örtlichen Konkurrenz nicht erhältlich gewesen sei. Die Beklagte könne auch nicht entlasten, daß sechs Einheiten der beworbenen Kamera "Canon T 70" alsbald nach Geschäftsöffnung von Konkurrenten gekauft worden seien. Die Beklagte habe ihre Ware zum Verkauf an jedermann bereit zu halten. Eine unzulässige wettbewerbliche Behinderung durch die Mitbewerber sei nicht feststellbar. Die Beklagte habe nichts dazu vorgetragen, wieviele Kunden am Nachmittag noch vergeblich nach der beworbenen Kamera gefragt hätten. Es könne somit nicht ausgeschlossen werden, daß die Vorratsmenge von 14 Stück auch ohne die Verkäufe an die Konkurrenten nicht zur Befriedigung der Publikumsnachfrage ausgereicht hätte. Für entlastende Umstände seien strenge Maßstäbe anzulegen. Auch aus der Behauptung, verschiedene Kunden hätten am frühen Vormittag des 10. Juli 1985 zwischen vier und sieben Stück der beworbenen Kamera "Pentax ME-F" erwerben wollen, könne nicht auf eine unzulässige wettbewerbliche Behinderung durch Konkurrenzunternehmen geschlossen werden. Es sei nicht ausgeschlossen, daß ein normales Käuferinteresse zu der gesteigerten Nachfrage geführt habe. Das Klagebegehren sei auch bei unterstellter Richtigkeit des Vorbringens der Beklagten begründet. Es komme somit nicht darauf an, ob der Kläger mit seinem bestreitenden Vorbringen zur Klageerwiderung wegen Versäumnis der richterlichen Schriftsatzfrist ausgeschlossen sei.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Eine Werbung ist grundsätzlich als irreführend im Sinne des § 3 UWG anzusehen, wenn eine in der Publikumswerbung angebotene Ware zu dem angekündigten Zeitpunkt nicht

oder nicht in einer ausreichenden Menge vorhanden ist (BGH, Urt. v. 27.5.1982 - I ZR 35/80, GRUR 1982, 681, 682 - Skistiefel; Urt. v. 5.5.1983 - I ZR 46/81, GRUR 1983, 650 - Kamera; Urt. v. 15.3.1984 - I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 595 - adidas-Sportartikel; Urt. v. 18.4.1985 - I ZR 155/83, GRUR 1985, 980, 981 - Tennisschuhe; Urt. v. 4.6.1986 - I ZR 43/84, GRUR 1987, 52, 53 - Tomatenmark; Urt. v. 22.1.1987 - I ZR 211/84, GRUR 1987, 371, 372 - Kabinettwein; Urt. v. 25.3.1987 - I ZR 61/85, GRUR 1987, 835, 837 - Lieferbereitschaft; Urt. v. 30.4.1987 - I ZR 95/85, GRUR 1988, 311, 312 - Beilagen-Werbung). Die Beurteilung, ob die bestandene Werbung der Beklagten irreführende Angaben über einen ausreichenden Vorrat der angebotenen Kameras enthält, ist, wie stets im Rahmen des § 3 UWG, danach vorzunehmen, welchen Inhalt das Publikum der Anzeige entnimmt und ob dieser Eindruck mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Es ist hierzu die Feststellung zu treffen, für welche Zeitdauer der Verkehr mit dem Vorhandensein der angebotenen Ware rechnet. Dabei ist auf Inhalt und Umstände der einzelnen Werbung abzustellen, deren Maßgeblichkeit eine schematische Beurteilung der Zeitdauer der Lieferfähigkeit der Ware durch das werbende Unternehmen nicht zuläßt (BGH, Urt. v. 15.3.1984 - I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 595 - adidas-Sportartikel; Urt. v. 22.1.1987, I ZR 211/84, GRUR 1987, 371, 372, - Kabinettwein).

2. Die vom Berufungsgericht seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegte Feststellung, der Verkehr erwarte, daß die Beklagte einen Vorrat der beworbenen Kameras bereithalte, der zumindest für die Nachfrage am Tag des Erscheinens der Werbeanzeige ausreiche, ist aus Rechtsgründen

nicht zu beanstanden; die Revision erinnert hiergegen auch nichts.

Indes hält die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagten sei es als ein irreführendes Verhalten im Wettbewerb zuzurechnen, daß die beworbenen Fotoapparate schon in der Mittagszeit käuflich nicht mehr zu erwerben gewesen seien, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es kann zwar im Regelfall der Tatbestand der irreführenden Angaben über die Menge der Vorräte im Sinne des § 3 UWG als erfüllt angesehen werden, wenn die beworbene Ware während des erwarteten Zeitraums nicht vorrätig ist. Anders verhält es sich, wenn der Werbende aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne sein Verschulden daran gehindert ist, die Ware für den maßgeblichen Zeitraum vorrätig zu halten; denn der Verkehr erwartet grundsätzlich nicht, daß die Ankündigung auch diese Fälle einschließt (BGH, Urt. v. 27.5.1982, aaO - Skistiefel; Urt. v. 5.5.1983, aaO - Kamera; Urt. v. 30.4.1987, aaO - Beilagen-Werbung).

Der vom Berufungsgericht als richtig unterstellte Vortrag der Beklagten ist geeignet, den Ausverkauf der beworbenen Kameras zum Mittag des Werbetages als unverschuldet in diesem Sinne erscheinen zu lassen.

a) Die Beklagte hat vorgetragen, die Disposition des Vorrats der beworbenen Kameras auf der Grundlage ihrer Erfahrungen aus drei früheren, ähnlich gelagerten Werbeaktionen getroffen zu haben. Sie habe nach einer gezielten Weihnachtswerbung am 1. Dezember 1983 für die Kamera "Canon AE 1" zu einem Verkaufspreis von 579,-- DM am Er-

scheinungstag der Werbung drei Stück, von der Kamera "Cosina" zu einem Verkaufspreis von 189,-- DM zwölf Stück verkauft; von einer am 23. Januar 1984 beworbenen "Minolta"-Kamera mit einem Verkaufspreis von "nur 599,-- DM" habe sie am Anzeigetage fünf und nach einer Werbeanzeige für ein "Practica-Set" zu einem Preis von "nur 399,-- DM" am Erscheinungstag 13 Einheiten verkauft.

Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, die von der Beklagten als vergleichbar genannten drei Werbeaktionen aus den vorausgegangenen Monaten könnten keinen gültigen Erfahrungswert und kein zuverlässiges Bild über die nach den beanstandeten Werbeanzeigen zu erwartende Nachfrage vermitteln, fehlt es an einer schlüssigen Begründung. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, es falle auf, daß die Beklagte bei den angeführten früheren Werbeaktionen weit mehr, nämlich zwischen 20 und 50 Einheiten bereitgehalten habe als bei der beanstandeten Verkaufswerbung, vermögen den von der Beklagten zugrunde gelegten Erfahrungswert nicht in Frage zu stellen. Der Kaufmann berechnet den Vorrat einer als Sonderangebot beworbenen Ware vernünftigerweise nicht nach der Vorratsmenge früherer Sonderangebote, sondern nach den Verkaufszahlen.

Ausgehend von diesen für die revisionsrechtliche Beurteilung zu unterstellenden Angaben der Beklagten erscheint der unstreitige Vorrat von 14 Einheiten für die am 8. Juli 1985 mit einem Preis von 689,-- DM beworbene Kamera "Canon T 70" und von 24 Einheiten für die am 10. Juli 1985 mit einem Preis von 299,-- DM beworbene Kamera "Pentax ME-F" bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung als ausreichend,

um die Nachfrage des Publikums jedenfalls am Erscheinungstag der Anzeige befriedigen zu können. Die Beklagte hat damit entgegen der Beurteilung durch das Berufungsgericht Tatsachen vorgetragen, die den mangelnden Vorrat der beworbenen Kameras am Nachmittag als unverschuldet erscheinen lassen können. Die Beklagte mußte nach ihren bisherigen (unterstellten) Erfahrungen vernünftigerweise nicht mit einem frühzeitigen Ausverkauf rechnen.

b) Auch soweit die Beklagte vorgetragen hat, eine Vielzahl der Kameras sei von Konkurrenzunternehmen aufgekauft worden, beruft sie sich in schlüssiger Weise auf einen Sachverhalt, der den Ausverkauf der Kameras als unvorhersehbar erscheinen läßt.

Es ist grundsätzlich erfahrungswidrig anzunehmen, die Verkehrserwartung schließe die Vorstellung ein, gewerbliche Wiederverkäufer kauften ihre Ware bei einem Unternehmen gleicher Handelsstufe. Anderes mag gelten, wenn - wozu das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen hat - der beworbene Preis so attraktiv ist, daß sich der Kauf für den Einzelhändler lohnt. Ohne solche Besonderheiten muß das werbende Unternehmen nicht in Rechnung stellen, daß Konkurrenten bei ihm einkaufen.

Es beruht desweiteren auf erfahrungswidriger Beurteilung anzunehmen, das werbende Unternehmen müsse mit einer Vielzahl von Testkäufen rechnen und deshalb entsprechend disponieren. Dabei kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang eine Verpflichtung besteht, den Kaufwunsch von Testpersonen zu erfüllen. Die von der Werbung angesprochenen Ver-

braucherkreise erwarten jedenfalls grundsätzlich nicht, daß Testpersonen entsprechend ihren Wünschen beliefert würden (BGH, Urt. v. 25.3.1987 - I ZR 61/85, GRUR 1987, 835, 837 - Lieferbereitschaft). Es kann von einem Unternehmen somit vernünftigerweise auch nicht verlangt werden, in seine Vorratskalkulation Testkäufe einzubeziehen. Zudem ist für die vorliegenden Fälle, in welchen die Mitbewerber ersichtlich allein an einer niedrigen Preiskalkulation, nicht indes an der Echtheit der beworbenen Markenware Anstoß nehmen konnten, zu bedenken, daß für die Feststellung, ob die beworbene Ware in ausreichender Menge vorrätig ist, es grundsätzlich genügt, daß die Testpersonen sich diese zeigen lassen.

Überdies erscheint es nach dem Sachvortrag der Beklagten nicht ausgeschlossen, daß sie von der Konkurrenz leergekauft werden sollte. Am Vormittag des 8. Juli 1985 hätten - so hat die Beklagte vortragen - in sechs Fällen Mitarbeiter von Konkurrenzunternehmen gekauft, am 10. Juli 1985 hätten mehrere Kunden zwischen vier und sieben Einheiten der beworbenen Pentax-Kamera erwerben wollen. Es ist der Würdigung des Tatrichters überlassen, in solchem Vorgehen, auch ohne ein kollusives Zusammenwirken der einzelnen Mitbewerber, ein hinderndes Wettbewerbsverhalten zu sehen, welchem die Beklagte bei ihrer Vorratskalkulation nicht Rechnung tragen mußte.

III. Der Senat ist zu einer abschließenden Entscheidung nicht in der Lage. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das Feststellungen zu dem bisher nur unterstellten Vortrag der Beklagten zu treffen hat.

1. Der Kläger ist mit seinem bestreitenden Vortrag aus dem Schriftsatz vom 14. Januar 1986, den er in der Berufungsbegründung wiederholt hat, nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen, § 528 Abs. 3 ZPO. Es ist dem Berufungsrichter vorbehalten, die Zulassung des Berufungsvorbringens gemäß § 528 Abs. 1 und 2 ZPO zu erwägen (BGH, Urt. v. 10.7.1979 - VI ZR 223/78, NJW 1979, 2109, 2110; Urt. v. 28.9.1988 - IVa ZR 8/87, NJW 1989, 716). Es ist deshalb dem Revisionsgericht verwehrt, den Vortrag des Beklagten insgesamt als unbestritten zugrunde zu legen. Andererseits ist dem Revisionsgericht wegen mangelnder tatrichterlicher Feststellungen eine abschließende Entscheidung auch dazu nicht möglich, ob allein schon die Art der Werbung und eine dem Verbraucher erkennbare Attraktivität des Preisangebots die Beurteilung rechtfertigten, die Beklagte hätte mit dem unstreitigen Warenvorrat keinesfalls - also auch ohne die behaupteten Käufe durch Konkurrenzunternehmen und Testpersonen - die Verbraucherwünsche befriedigen können. Dahingehend vorzutragen obliegt dem Kläger, der als Anspruchsteller gemäß § 3 UWG grundsätzlich darlegungspflichtig und beweisbelastet ist. Die Annahme des Berufungsgerichts, es sei Sache der Beklagten, eine solche Möglichkeit mit der Darlegung auszuräumen, wieviele Kunden am Nachmittag vergeblich nach der "Canon-Kamera" nachgefragt hätten, um so feststellen zu können, ob die behaupteten sechs Verkäufe an die Konkurrenten für die Erschöpfung des Vorrats von 14 Kameras ursächlich gewesen seien, ist rechtsirrig. Die Darlegung der Tatsachen, welche Verbrauchererwartung die Werbung der Beklagten für eine bestimmte Kamera mit konkreter Preisangabe weckt und ob der Vorrat von 14 Kameras bei solcher Werbung üblicherweise ausreicht, den Tagesbedarf zu decken, muß als Voraussetzung des

Anspruchs aus § 3 UWG vom Kläger erbracht werden. Dabei kann die unterschiedliche Art der Werbung für die beiden Kameras gegebenenfalls zu unterschiedlichen Feststellungen zur Intensität der jeweiligen Verbrauchererwartung führen. Die augenfällige Darstellung des Produkts, die bei der bildlichen Darstellung der "Canon-Kamera" deutlicher heraustritt als bei der Werbung der neben vielen Kaufhausartikeln erwähnten, nicht abgebildeten "Pentax-Kamera", kann für die hier maßgebliche Verbrauchererwartung von Bedeutung sein (vgl. BGH, Urt. v. 4.6.1986 - I ZR 43/84, GRUR 1987, 52, 53 - Tomatenmark).

2. Bedenken gegen die Fassung des Klageantrags, der sich auf die Werbung für Fotoapparate ohne die Nennung der beworbenen Markennamen bezieht, sind entgegen der Ansicht der Revision nicht zu erheben. Gewisse Verallgemeinerungen sind zur Vermeidung von unnötigen, einen vergleichbaren Sachverhalt mit entsprechenden Waren betreffende Rechtsstreitigkeiten zulässig, wenn dabei - wie hier - das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (BGH, Urt. v. 13.7.1979 - I ZR 138/77, GRUR 1979, 859, 860 - Hausverbot II; Urt. v. 15.3.1984 - I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 594 - adidas-Sportartikel).

3. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist vom Berufungsgericht zu treffen.

v. Gamm

Piper

Teplitzky

Ullmann

Nobbe